

The National Courts' Mandate in the European Constitution

Citation for published version (APA):

Claes, M. (2004). *The National Courts' Mandate in the European Constitution*. [Doctoral Thesis, Maastricht University]. Hart Publishing. <https://doi.org/10.26481/dis.20040610mc>

Document status and date:

Published: 01/01/2004

DOI:

[10.26481/dis.20040610mc](https://doi.org/10.26481/dis.20040610mc)

Document Version:

Publisher's PDF, also known as Version of record

Please check the document version of this publication:

- A submitted manuscript is the version of the article upon submission and before peer-review. There can be important differences between the submitted version and the official published version of record. People interested in the research are advised to contact the author for the final version of the publication, or visit the DOI to the publisher's website.
- The final author version and the galley proof are versions of the publication after peer review.
- The final published version features the final layout of the paper including the volume, issue and page numbers.

[Link to publication](#)

General rights

Copyright and moral rights for the publications made accessible in the public portal are retained by the authors and/or other copyright owners and it is a condition of accessing publications that users recognise and abide by the legal requirements associated with these rights.

- Users may download and print one copy of any publication from the public portal for the purpose of private study or research.
- You may not further distribute the material or use it for any profit-making activity or commercial gain
- You may freely distribute the URL identifying the publication in the public portal.

If the publication is distributed under the terms of Article 25fa of the Dutch Copyright Act, indicated by the "Taverne" license above, please follow below link for the End User Agreement:

www.umlib.nl/taverne-license

Take down policy

If you believe that this document breaches copyright please contact us at:

repository@maastrichtuniversity.nl

providing details and we will investigate your claim.

Summary

Every national court is now a Community law court. Forty years after *Van Gend en Loos* and *Costa v ENEL* it has become trivial to state that the national courts are the common courts of Community law. That, in short, is the result of the European Court's case law on direct effect, supremacy and *effet utile*. These principles instruct the national courts to apply and enforce Community law, and to protect the rights which individuals derive from Community law, even as against conflicting national law.

The national judges is thus in a schizophrenic situation: when applying Community law, he remains an organ of the State, but functions as a Community law court. The national judge is then acting under a Community mandate. The concept of mandate was borrowed from the work of Van Panhuys, who introduced it to explain the interaction between the international and national scenes of law, presenting an alternative to the traditional concepts of monism and dualism. Instead of focussing on national and international law as systems, he proposed to consider the functioning of the relevant rules from the perspective of the mandate of the actors involved. Van Panhuys' concept of 'mandate' may be useful to describe the situation of the national courts in the context of European Union law. In the picture as described by Van Panhuys, judges are in a mandate-relation with their State, which also defines the rules and principles by which the mandate must be executed. The State may also mandate the courts to apply international law, either as such or upon re-enactment; and this mandate may be filled in either by reference to legal provisions or by reference to general principles to be derived from the legal system as such. However, in some cases the imperative peremptory directives impose themselves even irrespective of the national mandate. Examples would be certain peremptory norms of international law such as the Nuremberg principles, prohibition of and responsibility for war crimes at the level of general international law, and, at the level of regional European law, human rights and 'the peremptory norms of Community law'.¹ In such cases, the national mandate would no longer be decisive. In this way, international law may penetrate into the scene of national law regardless of the national mandates concerned. This penetration could not be reasoned away by dualist arguments. '*Community law has thus created a mandate for Community judges, as well as a complementary one for national judges*'.² The '*Community mandate of national judges*' would then denote the concrete instructions and commands deriving from Community law and voiced by the Court of Justice: 'review national law and set it aside in case of incompatibility', 'interpret national law in conformity with Community law', 'hold the State liable in damages for harm done as a consequence of a violation of Community law', without making a statement about the formal mandate-relationship. The '*national mandate*' would in this approach denote the duties and obligations imposed by national law, reflecting also the constitutional position of the courts within the national constitutional construct, *i.e.* their relationship with the other State organs.

¹ M.J. van Emde Boas, *Jonkheer Haro Frederik van Panhuys (1916-1976)*, Bibliographical Essay, The Hague, T.M.C. Asser Institute, 1987, at 14.

² *Ibid.*, at 17.

'Community law has thus created a mandate for Community judges, as well as a complementary one for national judges'.³ The *'Community mandate of national judges'* would then denote the concrete instructions and commands deriving from Community law and voiced by the Court of Justice: 'review national law and set it aside in case of incompatibility', 'interpret national law in conformity with Community law', 'to hold the State liable in damages for harm done as a consequence of a violation of Community law', without making a statement about the formal mandate-relationship. The *'national mandate'* would in this approach denote the duties and obligations imposed by national law, reflecting also the constitutional position of the courts within the national constitutional construct, i.e. their relationship with the other State organs.

Attractive in the image presented by van Panhuys, is that it allows the spectator to gain a good view of reality, as he is allowed to retain his seat in the audience. This is also the position chosen when the research for this book was conducted: that of a neutral observer, who does not chose a particular perspective, but is at liberty to alter perspectives and angles. This does not imply that no choices can be made at all. But the aim will ultimately be to understand and reconcile positions, and to find solutions to conflicts which may arise, not by awarding precedence to one position, body or organ over the other, but rather by seeking a system which, with mutual agreement and understanding, is aimed at conflict avoidance, at peaceful co-existence.

Now, the Community mandate of the national courts may include elements that conflict with their natural, national constitutional mandate. However, under the Community orthodoxy that does not matter, since the Community mandate must, in cases coming within the scope of Community law, take precedence over the national mandate. Accordingly, all courts must, for instance, have jurisdiction to set aside conflicting legislation, even if they are not so competent under their national mandate, or if such jurisdiction is reserved to a special court, and even if the recognition of such jurisdiction would conflict with basic notions of constitutional law as understood in the domestic system, such as the separation of powers, the principle of democracy and so forth. These obstacles must all be set aside, and in the context of Community law, all national courts are transformed in judicial review courts. The Community mandate of the national courts has been further fleshed out, and encompasses other duties and competences, such as the obligation of conform interpretation, and the duty to hold the State liable to compensate damage caused by their infringements of Community law. The national courts are accordingly empowered.

There is, however, a second narrative: not all national courts are empowered. For constitutional courts and courts having constitutional jurisdiction, the tenets of Community law imply restrictions of their powers, competences and responsibilities: it requires them *not* to conduct constitutional review of Community law directly or indirectly, and *not* to uphold the constitutional principles, including fundamental rights, where this would result in Community law not being granted full effect. While the Court of Justice has been successful in convincing the ordinary national courts to become common courts of Community law acting under a Community law mandate in the first narrative, it has not attained the same acquiescence on the part of the national constitutional courts to relinquish their national constitutional mandate.

³ *Ibid.*, at 17.

The book's central theme of the national courts' mandate in European Constitution is divided in three main themes, coinciding with three periods in the evolution of the judicial dialogue and constitutional debate in Europe. Theme 1 centres on the ordinary courts accepting the European mandate imposed by the Court of Justice, based primarily on the principles of supremacy, *effet utile* and the duty of loyalty and sincere co-operation of Article 10 EC. It analyses two elements of the European mandate that posed constitutional problems in several Member States, the '*Simmmenthal* mandate' and the '*Francovich* mandate', and examines how the constitutional obstacles were removed. Theme 2 is more complicated and has an open ending. It presents the national courts having constitutional jurisdiction in their relationship with the Court of Justice presenting itself as a constitutional Court for Europe. It is a problematic relationship, as the constitutional-constitutional dialogue has inbuilt conflictual elements. While the constitutional courts may have been instrumental in convincing the ordinary courts to go along with the Court of Justice in the first Theme, they have not proved so co-operative when it comes to their own jurisdiction. Theme 3 picks up the chief elements discussed before, and puts them in the context of the contemporary debate on a Constitution for Europe.

As said, Theme 1 focuses on the ordinary national courts. The Court of Justice has, on the basis of the doctrines of direct effect, supremacy, *effet utile*, the principles of loyalty and uniformity and the like, formulated a set of duties and responsibilities of the national courts, which may be referred to as their 'Community mandate'. Some elements of this mandate conflict with the national constitutional mandate of these courts, such as the '*Simmmenthal* mandate' and the '*Francovich* mandate'. The '*Simmmenthal* mandate' is often referred to as the culmination of the principles of direct effect and supremacy, and implies that all national courts must, in cases within their jurisdiction, apply Community law, and set aside conflicting provisions of national law, without awaiting the prior intervention of the institution which is nationally so empowered, Parliament or a constitutional court, or even the Court of Justice. This mandate was, from a national constitutional perspective, problematic in many Member States, either because of a specific conception of the relationship between the national and the international legal order which would lead the courts to apply the *lex posterior*, even if that was the Act of Parliament, or because of a particular conception of the judicial function and the prohibition of judicial review of primary legislation. In some Member States, both factors prevented an easy acceptance of the *Simmmenthal* mandate. The environment in which the Court of Justice first formulated the national courts' mandate is described in chapter 2. Chapter 3 presents the European mandate as a whole, while chapter 4 explains how the '*Simmmenthal* mandate' to review national law was moulded and chapter 5 attempts to bring structure in the second generation case law of the Court of Justice, refining the Community mandate of the national courts.

Chapters 6, 7 and 8 then change the perspective to the national courts and contain an analysis of the national response to the Court's case law. Chapter 7 explains how in several Member States the traditional conception of the relationship between the national and international legal order was changed, either for the specific case of Community law, such as in Italy and Germany on the basis of the constitutional transfer of powers provisions, or for the whole of international law on the basis of a revised conception of its very nature requiring it to take precedence over national law, as in Belgium. In Ireland, the Constitution was formally adapted to requirements of direct effect and supremacy before accession.

For the United Kingdom, the EC Act 1972 made the whole of Community law effective in only a few lines.

Chapter 8 discusses the second constitutional stumbling block, consisting in a particular conception of the judicial function excluding any judicial review of primary legislation. In France, the problem was overcome by a re-interpretation of Article 55 of the Constitution, first by the *Cour de cassation* and the *Conseil constitutionnel*, and after initial resistance finally also by the *Conseil d'Etat*. In the United Kingdom, the principle of supremacy of Community law appeared irreconcilable with the principle of parliamentary sovereignty, and the courts initially attempted to resolve conflicts through consistent interpretation. Yet, when that appeared impossible in the *Factortame* case, the House of Lords did accept jurisdiction to set aside a conflicting provision contained in a subsequent Act of Parliament. Lord Bridge in his famous speech 'put the blame' on the Westminster Parliament itself which, so he stated, had limited its own sovereignty in the EC Act 1972. Accordingly, English courts now did have jurisdiction to override conflicting rules of national law. In Italy, the jurisdictional issue appeared highly problematic. After the initial redefinition of the relationship between the Italian and the Community legal order in *Frontini*, the *Corte costituzionale* required the ordinary courts to refer cases of alleged conflicts with Community law to it. Indeed, a law that infringed Community law was also for that matter unconstitutional for breach of Article 11 of the Constitution; it must accordingly first be declared unconstitutional by the *Corte costituzionale*. Only in *Granital* (1984) did the *Corte* accept that all Italian courts had jurisdiction to leave conflicting national legislation inappplied, based on the fiction that the domestic provision at hand was simply not applicable to the case since the subject matter had been transferred to Europe and the Italian authorities had retreated from that area. It is a very difficult fiction to maintain in all cases of conflict, but apparently it does work for the Italian courts, and it seems to be the only way for them to marry Italian dualism and the requirements of the supremacy of Community law. In Belgium, the jurisdictional issue evaporated once the *Cour de cassation* had reappraised the relationship between national law and international treaties, and decided that treaties took precedence of their own nature as higher-ranking law. This precedence also imposed itself on the courts.

It is striking that acceptance has not been easier in monist than in dualist systems: the French *Conseil d'État*, for one, was one of the most reluctant courts, while in dualist Germany ordinary supremacy and the ensuing review powers of the ordinary courts were readily acknowledged. Also, the presence of a constitutional court does not necessarily prevent an easy acceptance of the *Simmenthal* mandate of ordinary courts, as is demonstrated in the case of Germany, while the *Conseil constitutionnel* was even instrumental in convincing the *Conseil d'État* to finally give in. Chapter 9 attempts to explain why the national courts have heeded, and have indeed embraced the '*Simmenthal* mandate', even in those countries where it was initially viewed as constituting a constitutional enormity. One explanation probably lies in the quality of the Court's reasoning that proved convincing, another is that the courts themselves participated in the formulation of the doctrine through the preliminary rulings procedure. In addition, the past decades have witnessed a more general expansion of judicial review and an increased roles of courts in the field of treaties and external relations. Some courts may also have been swayed by the fact that the Community mandate empowers them, others may have been convinced by what the courts

in other Member States were doing. In some cases, the influence of individuals has been decisive.

Chapter 10 takes an excursion away from the central theme to the bordering issue of the duties of administrative authorities under Community law. It does not analyse the issue closely, but merely signals the fact that the administrative authorities at all levels are under the same obligations as national courts to review national law and to set it aside whenever it conflicts with Community law, even without court intervention and even if they are not so empowered under national law. This is true also despite the fact that it may be considered nationally to go against the most fundamental principles of constitutional law such as the rule of law, the principle of equality, of legitimate expectations and so forth.

Chapter 11 discusses another element of the Community mandate raising national constitutional issues, the '*Francovich* mandate'. Under *Francovich*, the national courts have jurisdiction to hold the State or government institutions liable for breach of Community law, while in most Member States liability for legislative acts and omissions, especially when attributable to Parliament itself, is still a much debated issue. The '*Francovich* mandate' is much more complicated than the '*Simmenthal* mandate' since more is required from the judge than the 'simple' setting aside of a conflicting norm (how ever revolutionary in itself). In government liability cases, Community law and national law are intertwined in a highly complex manner, and the Community substantive conditions must be applied in a national legal environment. In all, while the national courts may have accepted governmental liability for infringements of Community law in theory, it will be extremely hard in practice to obtain damages. The cases may be too complex, and massive financial consequences of a declaration of liability may discourage the courts to actually hold the State liable. Policy arguments may be covered up by legal arguments. In all, *Francovich* liability has not lived up to its expectations.

Theme 2 concentrates on the dialogue between constitutional courts: the European Court of Justice and the national courts having constitutional jurisdiction. Chapter 2 sets the scene of competing constitutional courts, the national courts having constitutional jurisdiction on the one hand and the Court of Justice on the other. It is a convoluted relationship, with many constitutional courts refusing to make references for preliminary rulings. Likewise, most of them refuse to act on the '*Simmenthal* mandate', which also applies to them, even if they urge the ordinary courts to accept it. The constitutional courts consider it the task of the ordinary courts to ensure the application of Community law, while they themselves remain the guardians of the Constitution. However, it is submitted in chapter 3 that constitutional courts that have jurisdiction nationally to annul unconstitutional legislation, are under a duty also to annul legislation for breach of Community law, under the *Rewe* principle of equality. None of them has accepted that stance. Yet, Community law has additional consequences for the courts having constitutional jurisdiction to those applying to all courts: they are in some cases precluded from enforcing the national Constitution in the context of European law. The following chapters discuss four instances in turn. Chapter 4 starts with preventive review of the constitutionality of proposed treaties, which is not forbidden under Community law and which does prove advantageous in several respects. It allows the courts having jurisdiction to indicate the constitutional issues before the Treaty is signed, allowing the political institutions to adapt the constitutional texts and

to prevent constitutional issues arising later on. So the Irish courts pointed out in *Crotty* that the Single European Act could not be ratified before constitutional amendment through a referendum. The Irish case has led the successive governments to organise referendums for all major Treaty amendments without awaiting court interference. The *Conseil constitutionnel* has, at the occasion of the Treaties of Maastricht and Amsterdam, indicated which provisions needed revision, but it was not enquired about the Treaty of Nice. The Spanish constitutional court was asked about the constitutionality of the Treaty of Maastricht alone. Most Member States appear to not to be overly constitutionally conscientious in this matter.

Chapter 5 deals with constitutional review of the Treaties upon entry into force, which is prohibited from the European perspective. Also in international law, a decision of a national court that a treaty is unconstitutional will usually carry no effect of itself. Several constitutional courts have been seized to rule on the constitutionality of the Treaties: the *Bundesverfassungsgericht* and the *Corte costituzionale* in the case of the EEC Treaty, and the *Cour d'arbitrage* and the Danish *Højesteret* in the case of the Treaty of Maastricht. The *Cour d'arbitrage* ducked the question by declaring the case inadmissible –if it would have been admissible, it would have been difficult for the *Cour* to avoid declaring the Treaty unconstitutional in the presence of a direct conflict between the constitutional texts and a Treaty provision. The other courts all dismissed the cases as ill-founded, even if there may have been some ground to decide otherwise. In truth, a court cannot really decide that a Treaty is unconstitutional: such a decision does not in itself carry any consequences at the international level and it is difficult to imagine a State actually drawing all the necessary consequences and withdraw or try to renegotiate a Treaty. If anything, such a decision would most likely undermine the court's credibility and legitimacy. It is an additional argument in favour of preventive constitutional review.

Chapter 6 discusses the preventive review of draft secondary law. While there does not seem to be any formal rule of Community law opposing such preventive review, it is hardly ever conducted. There are only a few examples, and nowhere has a national court actually interfered in the legislative procedure. The common opinion seems to be that it is not the place of the courts to interfere in the political decision making process.

Chapter 7 then analyses the national case law retaining jurisdiction for the national courts to review the constitutionality of secondary law. All of the constitutional courts under review have accepted that Community law does take precedence over at least some provisions of the Constitution, and concede that membership implies some intrusion in domestic constitutional principles. Yet, the *Bundesverfassungsgericht*, the *Corte costituzionale* and the Danish *Højesteret* have announced that they retain jurisdiction to control respect for constitutional fundamental rights, or for the core principles of the Constitution, and the president of the *Cour d'arbitrage* has at least expressed sympathy for that view. Nevertheless, none of these courts has ever actually reviewed Community law, directly or indirectly, and it does not at the moment seem likely to occur. The *Kompetenz Kompetenz* issue is most acute in Germany, while the exclusive jurisdiction of the Court of Justice to patrol the limits of Community competences has been accepted by the president of the *Cour d'arbitrage* writing extra-judicially.

While there may thus still be some bones of contention, with some of the constitutional courts retaining jurisdiction over Community law, directly or indirectly, this has so far remained a theoretical jurisdiction. The relationship between the constitutional courts and the Court of Justice is not to be characterised as a *guerre des juges*. Rather, there appears to exist an agreement to disagree among courts that essentially aim to protect the same or similar values, be it from different perspectives and on the basis of different starting points. The words of warning of the national constitutional courts must be seen as addressed primarily at the political institutions of the Member States, both acting in their capacity of *Herren der Verträge* at the European level, and as Constitution makers at the national level.

Theme 3, then, picks up the general themes discussed before, and places them in the context of the discussion on the Convention and the Draft Treaty establishing a Constitution for Europe. Only a few elements of the Draft Treaty are discussed, and only from the perspective of the national courts, asking whether this or that provision or aspect is likely to make a difference for the national courts. The principle of supremacy, which has played a leading part throughout the book, will most likely be inserted as Article I-5a. It is presented as a codification of the principle as it prevails, but that, it is submitted, is not entirely the case. The provision misses the niceties and subtleties of the prevailing principle, applies to the whole of Union law, including what is now second and third pillar law, and most importantly, it misses the bi-dimensionality of the current reality. Nevertheless, the inclusion of a primacy provision does remove the strength of any argument against primacy on grounds that primacy was never intended by the Member States or that it is a mere creation of the Court of Justice.

Draft Article I-28 (1) second sentence states that '*The Member States shall provide rights of appeal sufficient to ensure effective legal protection in the fields covered by Union law*'.⁴ The phrasing seems to be borrowed from the UPA judgment of the Court of Justice, and therefore applies to the cases where the validity of Community law is at stake. Yet, it is likely that the provision is much wider, and also relates to the case of individuals aiming to protect their European rights against the State. If that is the case, the provision codifies the Community mandate of the national courts, but then it does not do justice to it. Either, the mandate of national courts must included in so many words, and then it should be carefully drafted, or it should be omitted and be left for the courts to develop. A cryptic sentence that does not even so much as contain the term 'national courts' is not adequate.

The section on fundamental rights protection inquires whether incorporation of the Charter on the one hand and accession to the ECHR would make a difference for the national courts. The Charter once incorporated may represent the catalogue required by the German Constitutional Court in *Solange I*. Yet, it is submitted that it does not do much to assist those national courts that find themselves caught between the requirements of Community law and those of the ECHR. The chief contribution of the binding Charter lies elsewhere, in adding legitimacy to the Union as a whole and in generating fundamental rights aware-

⁴ The English version is badly drafted. The better French version reads: '*Les États membres établissent les voies de recours nécessaires pour assurer une protection juridictionnelle effective dans le domaine du droit de l'Union*'.

ness on the part of the legislative and political organs. Accession to the ECHR is, it is submitted, more important from the point of view of the national courts, especially those courts which may find themselves caught between two masters. It would allow for third party review of Union law and of the case law of the Court of Justice, and contribute to removing any disparities in the obligations imposed by the ECHR as interpreted by the Strasbourg Court, and Union law as interpreted by the Court of Justice. In addition, it would send a powerful signal to the Union's citizens, the Member States, the Union institutions and the outside world, that a Union that requires respect of fundamental rights of its (future) Members, does not itself shy away from third party control.

Kompetenz Kompetenz is a very thorny issue. Several solutions have been proposed, most prominently Joseph Weiler's Constitutional Council, consisting of both members of the Court of Justice and of national constitutional courts and their equivalents, and which would have jurisdiction to rule on constitutional issues preventively, after the example of the French *Conseil constitutionnel*. It is submitted that there is no need for such new institution which does not add much to the existing framework, and that instead the exclusive competence of the Court of Justice should be made explicit in the Treaties, as should the *Foto-Frost* obligation imposed on all national courts to refer competence issues to the Court of Justice. The Draft Treaty establishing a Constitution for Europe contains no proposals of the kind. It intends to solve the competence issue by drawing up clear provisions on the separation of powers between the Union and its Member States, but it fails to address the question of who gets to decide conflicts on the interpretation of the relevant provisions.

It remains to be seen whether the Draft Treaty will indeed improve the situation of the national courts. It is submitted, however, that the efforts to make a change should not be restricted to the Union level, and that the momentum should be seized to make the necessary improvements in the national Constitutions. Only then can the Treaty establishing a Constitution for Europe make a break with the past and mark the beginning of a new constitutional era. Only then can a Constitutional Moment occur.

Samenvatting

Het is thans, veertig jaar na de uitspraken van het Hof van Justitie in *Van Gend en Loos* en *Costa v ENEL* algemeen aanvaard dat nationale rechters communautaire rechters zijn,¹ dat zij een eersterangs rol hebben bij de toepassing van het gemeenschapsrecht.² Wanneer de nationale rechter gemeenschapsrecht toepast, doet hij dat als gewone communautaire rechter.³ De rol van de nationale rechter als gewone gemeenschapsrechter berust op de rechtstreekse werking en de voorrang van het gemeenschapsrecht. Deze beginselen instrueren alle nationale rechtscolleges het gemeenschapsrecht toe te passen en te handhaven, en de gemeenschapsrechten van particulieren te beschermen, en wel met voorrang boven het nationale recht.

De nationale rechter bevindt zich aldus in een 'schizofrene' situatie: hij blijft, ook wanneer hij gemeenschapsrecht toepast, een orgaan van de Staat, maar hij speelt de rol van gemeenschapsrechter. De nationale rechter vervult een gemeenschapsrechtelijk 'mandaat'. De notie is ontleend aan het werk van Van Panhuys, die de term introduceerde om een beter inzicht te geven in de relatie tussen rechtsorden, als alternatief voor de klassieke monistische en dualistische opvattingen. Door te aandacht te verplaatsen van de relatie tussen rechtsorden en -systemen naar het perspectief van de actoren, zo stelde hij, zou een beter beeld worden geschapen van de realiteit. Het 'mandaat'-concept kan een beter inzicht geven in de situatie van de nationale rechter in de context van het gemeenschapsrecht. Nationale rechters zijn in een mandaatverhouding met hun Staat, en het nationale recht bepaalt welke regels en beginselen hij daarbij dient te respecteren. Maar, zo stelde Van Panhuys, in sommige gevallen dringen regels zich ook op aan de nationale rechter los van het nationale mandaat; en in die gevallen is het nationale mandaat niet langer bepalend. Zo heeft het gemeenschapsrecht een mandaat gecreëerd voor de Europese rechters (Hof van Justitie), en een aanvullend mandaat voor de nationale rechters. Dat gemeenschapsrechtelijke mandaat omvatte de concrete instructies en opdrachten op grond van het gemeenschapsrecht, uitgesproken door het Hof van Justitie.

Wanneer nu de nationale rechter optreedt als gemeenschapsrechter, wanneer hij opereert onder zijn gemeenschapsrechtelijk mandaat, volgt hij daarbij de instructies van het Hof van Justitie. Het gemeenschapsrechtelijk mandaat omvat een aantal bevoegdheden, voortvloeiend uit de directe werking, het voorrangsbeginsel, de beginselen van *effet utile* en de effectieve rechtsbescherming van particulieren, die niet noodzakelijk overeenkomen met zijn nationale mandaat. Zo omvat het Europese mandaat de bevoegdheid om nationaal recht dat in strijd is met het gemeenschapsrecht buiten toepassing te laten. Het voorrangsbeginsel houdt in dat een met het gemeenschapsrecht strijdige bepaling van nationaal recht geen toepassing kan vinden, en voor de rechter impliceert dit een bevoegdheid en zelfs een verplichting de strijdige nationale bepaling terzijde te stellen (het '*Simmenthal*-mandaat').

¹ Zo J.H. Jans e.a., *Inleiding tot het Europees bestuursrecht*, Nijmegen, Ars Aequi Libri, 2002, p. 305.

² Aldus K. Lenaerts en D. Arts, *Europees Procesrecht*, Antwerpen, Maklu, 1995, p. 3.

³ *GvEAEG*, arrest van 10 juli 1990, *Tetra Pak Rausing SA tegen Commissie*, T-51/89, *Jurispr.*, p. 309, paragraaf 42.

Dit is voor de nationale rechter problematisch, wanneer het gemeenschapsrechtelijke mandaat strijdig is met zijn nationale constitutionele mandaat. Wat moet de nationale rechter doen, bijvoorbeeld, wanneer het Hof van Justitie van hem eist dat hij strijdige nationale wetgeving terzijde stelt, terwijl de nationale Grondwet hem dit verbiedt? Ook deze meta-vraag beantwoordt het Hof van Justitie aan de hand van het beginsel van voorrang van het gemeenschapsrecht: het bevrijdt de nationale rechter als het ware van de beperkingen van zijn nationale mandaat, en verzekert de rechter dat het gemeenschapsrechtelijke mandaat voorrang heeft boven zijn nationale constitutionele mandaat. Zo oordeelde het Hof in *Simmenthal* dat de gewone Italiaanse rechter, en dus ook iedere andere nationale rechter, een met het gemeenschapsrecht strijdige regel buiten toepassing moet laten, zelfs als hij op grond van het grondwettelijk recht daartoe de bevoegdheid niet heeft of verplicht is de toetsing van die regel over te laten aan het Constitutionele Hof. Ook die Italiaanse regel van constitutioneel recht kon geen toepassing vinden. Het gemeenschapsrecht geeft, zo lijkt het, de Italiaanse rechter een gemeenschapsrechtelijke bevoegdheid om Italiaans recht te toetsen en buiten toepassing te laten, inclusief formele wetten die in zuiver nationaal-rechtelijke gevallen in rechte onaantastbaar zijn voor de gewone rechter. Het gemeenschapsrecht omvat dus in ieder geval een rechterlijk toetsingsrecht, de bevoegdheid voor iedere rechter om nationaal recht te toetsen aan het gemeenschapsrecht en buiten toepassing te laten in geval van strijd met het gemeenschapsrecht. Het gemeenschapsrechtelijk mandaat van de rechter is verder uitgewerkt en bevat nog meer bevoegdheden, zoals conforme interpretatie en de bevoegdheid om de Staat aansprakelijk te stellen wegens schending van het gemeenschapsrecht, ook in die gevallen waar dat in puur nationale zaken uitgesloten is (het '*Franco*-mandaat'). Nationale rechters krijgen er dus in het kader van het gemeenschapsrecht bevoegdheden bij: zij worden gemachtigd.

Dit is echter maar één kant van het verhaal: de rechtspraak van het Hof over de aard van het gemeenschapsrecht houdt voor sommige rechters, met name voor constitutionele rechters en andere toetsingsrechters, vooral een verbod in, een verbod om hun normale, grondwettelijke bevoegdheden uit te oefenen. Zo oordeelde het Hof van Justitie dat voorrang absoluut is, dat het gemeenschapsrecht dus ook voor het nationale constitutionele recht gaat; rechters mogen het dus niet handhaven tegen het gemeenschapsrecht. Dat betekent bijvoorbeeld dat het constitutionele rechters verboden wordt om nationale constitutionele grondrechten te waarborgen waar dit tot gevolg zou hebben dat het gemeenschapsrecht niet ten volle toepassing kan vinden: het gemeenschapsrecht mag niet getoetst worden aan nationale grondrechten.

Het centrale thema van het boek is het gemeenschapsrechtelijke mandaat van de nationale rechter, in verhouding met zijn nationale constitutionele mandaat. Het is onderverdeeld in drie grote deelthema's, die samenvallen met drie episodes in de dialoog tussen de nationale rechters en het Hof van Justitie en het constitutionele debat in Europa. Thema 1 heeft betrekking op de bevoegdheden van de gewone (niet-constitutionele) nationale rechter als gemeenschapsrechter, en is een 'succesverhaal': het Hof van Justitie is erin geslaagd alle nationale rechters ervan te overtuigen dat zij gemeenschapsrecht dienen toe te passen en te handhaven, dat zij gemeenschapsrechtelijke rechten van particulieren moeten beschermen, en dat zij daarbij beschikken over een aantal bevoegdheden en plichten die misschien niet overeenkomen met hun nationale constitutionele mandaat. Thema 2 is complexer, en behandelt de problematische verhouding tussen concurrerende constitutionele rechters: de

nationale constitutionele rechters en het Hof van Justitie. In Thema 3 worden de kernelementen uit de eerste twee thema's weer opgenomen en opnieuw bekeken in de context van het huidige debat over het Verdrag tot vaststelling van een Grondwet voor Europa: het beginsel van voorrang, het Europese mandaat als zodanig, de bescherming van fundamentele rechten, en het *Kompetenz Kompetenz* vraagstuk.

Thema 1 behandelt twee elementen van het gemeenschapsrechtelijke mandaat, die vanuit nationaal constitutioneel perspectief problematisch kunnen zijn. Het eerste is het '*Simmenthal*-mandaat': iedere nationale rechter is verplicht het gemeenschapsrecht toe te passen en daarmee strijdig nationaal recht buiten toepassing te laten, ook wanneer hem op grond van nationaal recht verboden is. Het tweede is het '*Francovich*-mandaat', de bevoegdheid om de Staat aansprakelijk te stellen voor schade die is ontstaan wegens schendingen van het gemeenschapsrecht die aan de Staat toerekenbaar zijn.

Het '*Simmenthal* mandaat' was, toen het werd geformuleerd, voor de meeste nationale rechters problematisch (hoofdstuk 2). Het staat niet met zoveel woorden in het Verdrag (hoofdstuk 3), maar volgt uit de directe werking en voorrang van het gemeenschapsrecht (hoofdstuk 4) en werd verder verfijnd in de jurisprudentie van het Hof van Justitie (hoofdstuk 5). Het is uiteindelijk in alle lidstaten en door alle rechters althans in theorie aanvaard, zij het soms met enkele beperkingen (hoofdstuk 6). De constitutionele problemen waar de rechters mee te maken kregen kunnen worden ingedeeld in twee clusters. Eén constitutionele kwestie (hoofdstuk 7) had te maken met de heersende opvatting over de verhouding tussen rechtsorden, met name over de verhouding tussen internationaal en nationaal recht. Zo was het in een dualistisch stelsel als het Italiaanse niet mogelijk om verdragsrecht voorrang te geven: een Verdrag wordt effectief in de nationale rechtsorde via de *ordine di esecuzione*, meestal een gewone wet, en 'erft' dezelfde rang in de hiërarchie van normen. Bij strijd tussen een verdragsrechtelijke norm en een latere wet, ging de wet voor: *lex posterior*. Een tweede cluster (hoofdstuk 8) had te maken met de plaats van de rechter in het constitutionele bestel, en met een beperkte opvatting over de rechterlijke functie, die niet een bevoegdheid tot toetsing van wetgeving inhield. Die taak was ofwel uitgesloten voor iedere rechter, zoals in Nederland, Frankrijk of Engeland, ofwel voorbehouden aan een constitutionele rechter, zoals in Duitsland of Italië.

Deze constitutionele struikelblokken zijn in de onderzochte lidstaten opgeruimd, en het '*Simmenthal* mandaat' is nu overal aanvaard. In de meeste stelsels gebeurde dit op grond van een nieuwe interpretatie van een grondwettelijke bepaling, zoals artikel 11 van de Italiaans Grondwet en artikel 24 van de Duitse Grondwet, die beide bevoegdheidsoverdracht toestaan; of artikel 55 van de Franse Grondwet, dat de normatieve voorrang van verdragsrecht voorschrijft, of nog de European Communities Act 1972, waar – met een beetje goede wil – ook de voorrang van het gemeenschapsrecht in kon worden gelezen. In België ontbrak een geschikte bepaling, en werd het '*Simmenthal* mandaat' aanvaard door een herinterpretatie van de verhouding tussen internationaal en nationaal recht. Voorrang van rechtstreeks werkend verdragsrecht, en de bijbehorende bevoegdheid van rechters om strijdig nationaal recht buiten toepassing te laten, vloeiden volgens het Hof van Cassatie in *Le Ski* voort uit de eigen aard van het verdragsrecht. Dit gold in ruimere zin voor het internationaal verdragsrecht in zijn algemeenheid, en *a fortiori* voor het gemeenschapsrecht. De Nederlandse situatie is merkwaardig, omdat ondanks de aanwezigheid van een

geschikte bepaling, de voorrang van het gemeenschapsrecht gebaseerd wordt op de eigen aard van het gemeenschapsrecht zelf, en de betreffende grondwetsbepalingen doorgaans uitdrukkelijk als niet relevant terzijde worden geschoven. Opvallend is dat aanvaarding van het *Simmenthal*-mandaat niet noodzakelijk gemakkelijker is geweest in monistische stelsels: de Franse *Conseil d'État* was bijvoorbeeld één van de meest weerspannige instanties. Het is ook niet zo dat het bestaan van een constitutioneel hof de aanvaarding van het *Simmenthal*-mandaat van gewone rechters noodzakelijkerwijze bemoeilijkt. Dat was wel het geval in Italië, maar het Duitse *Bundesverfassungsgericht* heeft er geen probleem van gemaakt dat het voortaan toetsingsbevoegdheid met gewone rechters moest delen, en de Franse *Conseil constitutionnel* heeft wellicht de doorslag gegeven voor de *Conseil d'État* om overstag te gaan en toetsingsbevoegdheid te aanvaarden.

Waarom hebben nationale rechters het '*Simmenthal*-mandaat' omarmd? Een éénduidige verklaring is er niet, en in hoofdstuk 9 worden de verklaringen die in de literatuur naar voren zijn gekomen getoetst en geëvalueerd. De erkenning van het *Simmenthal* mandaat heeft te maken met een algemeen klimaat van vertrouwen in de rechterlijke macht en uitdijning van het rechterlijke toetsingsrecht, met kruisbestuiving tussen de verschillende stelsels en nationale rechters, met de overtuigingskracht van het Hof, dat de nationale rechters betrof bij de handhaving van het gemeenschapsrecht en de bescherming van de rechten die particulieren daaraan ontleen. Maar het heeft ook te maken met 'toevalligheden': met bepaalde individuen die een voortrekkersrol speelden, met openheid voor de Europese gedachte, met de juiste zaak op het juiste moment enzovoort.

Het tweede onderzochte element van het gemeenschapsrechtelijke mandaat is het '*Franco-vich*-mandaat', dat nationale rechters bevoegd maakt om de overheid, onder gemeenschapsrechtelijke voorwaarden, aansprakelijk te stellen voor schendingen van gemeenschapsrecht, ook wanneer die toe te schrijven zijn aan de formele wetgever of aan de rechterlijke macht, en ook in die gevallen waarin de overheid naar nationaal recht immuun is voor schadevergoedingsactie (hoofdstuk 11). Net als bij het '*Simmenthal* mandaat' is deze bevoegdheid in de meeste lidstaten problematisch, met name waar het gaat over de aansprakelijkheid voor handelen en nalaten van de formele wetgever: nationale opvattingen over scheiding van machten, onschendbaarheid van de wet, de plaats van de rechter in het constitutioneel bestel verzetten zich. Ook hier doen volgens het Hof van Justitie nationale constitutionele argumenten niet terzake: de nationale rechter kan zijn bevoegdheid rechtstreeks op het gemeenschapsrecht baseren. In de onderzochte lidstaten is het '*Franco-vich*-mandaat', althans in theorie, in grote lijnen aanvaard, maar het heeft niet geleid tot een aardverschuiving, en in de praktijk blijken maar weinig van dit soort schadevergoedingsacties succesvol. Met name in die zaken waarin een eventuele veroordeling van de overheid ernstige budgettaire gevolgen zou kunnen hebben, zijn rechters terughoudend. Het veroordelen van de Staat tot het betalen van een (aanzienlijke) geldsom blijkt veel ingewikkelder dan het 'eenvoudigweg' buiten toepassing laten van strijdig recht, hoe revolutionair dat op zichzelf genomen ook is.

Thema 2 behandelt de problematische verhouding tussen het Hof van Justitie, dat zelf vaak wordt aangeduid als een 'constitutionele rechter' enerzijds, en anderzijds de nationale constitutionele rechters, met name het Duitse *Bundesverfassungsgericht*, het Italiaanse *Corte costituzionale*, de Franse *Conseil constitutionnel*, het Belgische *Arbitragehof* of *Cour*

d'arbitrage, en die (gewone) nationale rechters die beschikken over een constitutionele toetsingsbevoegdheid, de Deens *Højesteret* en de Ierse *High Court* en *Supreme Court* (hoofdstuk 2). Die verhouding is veel problematischer dan die met de gewone niet-constitutionele rechters: een constitutioneel-constitutionele dialoog is intrinsiek conflictueel. Het Hof van Justitie maakt geen onderscheid tussen gewone rechters en toetsingsrechters, en die laatste zijn dus ook verwijzingsplichtig (hoofdstuk 2) en vallen ook onder de verplichtingen behorend bij het '*Simmenthal* mandaat' (hoofdstuk 3). Tot nog toe hebben echter alleen de Belgische en Oostenrijkse constitutionele hoven prejudiciële vragen verwezen naar Luxemburg, terwijl sommige andere uitdrukkelijk de verwijzingsplicht hebben afgewezen. De meeste toetsingsrechters geven ook geen gevolg aan het *Simmenthal*-mandaat, omdat zij van oordeel zijn dat dit buiten hun bevoegdheid valt. De handhaving van het gemeenschapsrecht en de bescherming van gemeenschapsrechten van particulieren wordt volledig aan de gewone rechter overgelaten.

Voor de nationale toetsingsrechters houdt het beginsel van voorrang en de exclusieve bevoegdheid van het Hof van Justitie om te oordelen over de geldigheid van gemeenschapsrecht bovendien nog een aantal verboden in: zij mogen de grondwettigheid en geldigheid anderszins van de Verdragen en van het recht dat daaruit voortvloeit niet toetsen. Preventieve toetsing is daarentegen niet verboden. Hoofdstuk 4 behandelt de preventieve toetsing van de grondwettigheid van voorgenomen Verdragen, en beveelt deze vorm van toetsing aan: zij kan bijdragen tot harmonie van constitutionele teksten en constitutionele kwesties achteraf helpen voorkomen. Constitutionele toetsing van de verdragen ná inwerkingtreding is daarentegen uitgesloten: dit volgt uit de algemene regels van het klassieke internationaal recht, en uit de beginselen van de autonomie van het gemeenschapsrecht, het voorrangsbeginsel en het loyaliteitsbeginsel.

De hoofdstukken 6 en 7 bespreken de toetsing van het recht voortvloeiend uit de oprichtingsverdragen. Preventieve toetsing van de grondwettigheid van secundair recht of van de deelname van de lidstaten aan de totstandkoming ervan is, zo wordt betoogd in hoofdstuk 6, niet verboden op grond van het gemeenschapsrecht. Het zou ook kunnen bijdragen tot het vermijden van constitutionele problemen achteraf. Toch is het tot op heden zelden voorgekomen, en heeft het nooit aanleiding gegeven tot effectief ingrijpen door de betrokken rechters. Dit heeft niet zozeer te maken met het voorrangsbeginsel, dat immers nog niet werkt voor de betrokken bepaling in werking is getreden, of met *Foto-Frost* argumenten, maar met gangbare opvattingen over de plaats van de rechter in het constitutionele bestel en de gedachte dat de rechter niet behoort in te grijpen in het wetgevingsproces.

In hoofdstuk 7 staat de toetsing van in werking getreden secundair recht centraal. Het gemeenschapsrecht verbiedt iedere vorm van toetsing van EG-recht op grond van het voorrangsbeginsel en omdat de toetsing van secundair gemeenschapsrecht exclusief aan het Hof van Justitie is voorbehouden (*Foto-Frost*). Toch hebben een aantal nationale rechters aangekondigd de toetsing van secundair gemeenschapsrecht in bepaalde omstandigheden niet uit te sluiten. Zo behouden het *Bundesverfassungsgericht*, de *Corte costituzionale* en de Deense *Højesteret* hun bevoegdheid om constitutionele grondrechten te beschermen ook tegen het gemeenschapsrecht, dat zij eventueel buiten toepassing zullen laten. De voorzitter van het Belgische *Arbitragehof* heeft in ieder geval begrip getoond voor dat

standpunt. Het behoort tot de natuurlijke taak van een constitutionele rechter, zo stelt hij, om grondrechten te beschermen. Voorbehoud van bevoegdheid om te oordelen of de gemeenschapsorganen de grenzen van hun bevoegdheid hebben overschreden – rechterlijke *Kompetenz Kompetenz* – is voornamelijk een Duitse kwestie, maar speelt wellicht ook in Italië en in Denemarken. Ook dit voorbehoud is onverenigbaar met het gemeenschapsrecht met name met de exclusieve bevoegdheid van het Hof van Justitie om de geldigheid van gemeenschapsrecht te toetsen, en o.a. wegens gebrek aan bevoegdheidsgrondslag te vernietigen of ongeldig te verklaren.

Nationale constitutionele rechters aanvaarden wel dat het gemeenschapsrecht inbreuk kan maken op grondwettelijke bepalingen, maar zij maken een uitzondering voor grondrechten en de basisbeginselen van de Constitutie die onaantastbaar zijn, ook in het kader van het gemeenschapsrecht. Daarnaast behouden enkele van hen zich ook de bevoegdheid voor om te controleren of de Unie of Gemeenschap de grenzen van zijn bevoegdheden overschrijdt. Toch moet de relatie tussen constitutionele rechters en het Hof van Justitie niet omschreven worden als een *'guerre des juges'*; er is veeleer *'an agreement to disagree'*. De voorbehouden zijn zo geformuleerd dat de controle op het gemeenschapsrecht in eerste instantie wordt overgelaten aan het Hof van Justitie, terwijl de nationale rechters pas zullen ingrijpen indien het Hof zijn taak verwaarloost. De rechtspraak van nationale constitutionele rechters moet ook niet zozeer gezien worden als een waarschuwing aan het adres van het Hof van Justitie, maar veeleer als een aanmaning voor de politieke instellingen van de lidstaten, zowel als *'Herren der Verträge'* op Europees niveau, als in hun hoedanigheid van grondwetgevers op nationaal niveau. Zij zijn verantwoordelijk om te zorgen voor een voldoende niveau van grondrechtenbescherming dat ingrijpen van nationale organen overbodig maakt, om fundamentele constitutionele beginselen als democratie en rechtstatelijkheid te garanderen op Europees niveau en om erop toe te zien dat er een heldere en werkbare verdeling van bevoegdheden is, die juist wordt nageleefd en die in rechte wordt gecontroleerd. Zij dienen de fundamentele beginselen van constitutioneel recht te realiseren, ook in Europees verband. Als dit alles gerealiseerd is, zal er ook geen reden en aanleiding meer zijn voor deze constitutionele rechters om jurisdictie voor te behouden.

In thema 3 worden de kernelementen uit de vorige thema's opnieuw bekeken, in het kader van de Conventie en de discussie over de Grondwet voor Europa. De voorbije jaren is het constitutionele debat immers van toon veranderd. Enkele jaren geleden waren communautaire juristen het er wel over eens dat het Verdrag het grondwettelijk handvest was van een Gemeenschap gebaseerd op de *rule of law*; dat had ook het Hof reeds in *Les Verts* verkondigd. Maar de constitutionele terminologie werd buiten kringen van juristen niet gebruikt, en er was geen document met de titel 'Grondwet' of 'Constitutie'. Na de debacles van Amsterdam en Nice, werd de roep om een Europese Grondwet veel luider. Niet alleen pleitbezorgers van Europese eenwording spreken nu constitutionele taal: het is nu ook *bon ton* in kringen van nationalist en Eurosceptici. Immers, grondwetten constitueren niet alleen, zij beperken macht en leggen instellingen aan banden. Opvallend in het nieuwe debat over de Europese Grondwet is, dat het niet of nauwelijks lijkt aan te sluiten bij de vorige periode, waarin de constitutionele dialoog werd gevoerd door constitutionele rechters. Oude thema's komen nu terug, maar er is weinig aandacht voor de oude knelpunten en de oude argumenten.

In thema 3 worden achtereenvolgens behandeld: het voorrangsbeginsel, het mandaat van de nationale rechters, de bescherming van grondrechten, en *Kompetenz Kompetenz*. Artikel I-5a van het Ontwerp-Verdrag bepaalt: *'De Grondwet en het recht dat de instellingen van de Unie krachtens de haar toegedeelde bevoegdheden vaststellen, hebben voorrang boven het recht van de lidstaten'*. Ogenschijnlijk is dit enkel een codificatie van het heersende beginsel, maar dat is niet helemaal juist. Artikel I-5a is ruimer en heeft ook betrekking op wat nu tweede en derde pijler recht is, en waarvoor op dit moment niet helemaal duidelijk is of het dezelfde mate van voorrang heeft als het EG-recht. Bovendien is het ééndimensioneel, en geeft het niet alle aspecten weer van het huidige, veel rijkere begrip. Het Hof van Justitie zal de nuances moeten aanbrengen. Overigens is het wel zo dat vermelding van voorrang in de Ontwerp Grondwet de kracht ontnemt aan argumenten dat voorrang nooit in de bedoeling van de lidstaten lag en enkel door een activistisch Hof is ontwikkeld, of dat het beginsel alleen kan stelen op het nationale recht, en dus onder nationale voorwaarden. In die zin versterkt een uitdrukkelijke bepaling de voorrang van het Unierecht.

Artikel I-28 van het Ontwerp-Verdrag stelt: *'De lidstaten voorzien in de nodige rechtsmiddelen om effectieve rechtsbescherming op het gebied van het recht van de Unie te waarborgen'*. De tekst is wellicht ontleend aan de *UPA* uitspraak van het Hof van Justitie⁴ en heeft dan betrekking op de situatie waarin de geldigheid van het gemeenschapsrecht (en dus weldra Unierecht) in het geding is. In die gevallen, waarin particulieren niet ontvankelijk zijn voor de Europese rechters in Luxemburg, dienen de lidstaten te verzekeren dat zij wel toegang hebben tot bevoegde nationale rechters en dat er adequate rechtsmiddelen zijn om hen juridische bescherming te verlenen. Maar de bepaling is wellicht ruimer en heeft ook betrekking op die situaties waarin particulieren hun Unierechten willen beschermd zien tegen de nationale overheden. Als dat zo is, is artikel 28 (1), tweede zin een codificatie van het Europese mandaat van nationale rechters. Het is dan wel vreemd dat de bepaling niet eens de 'rechterlijke instanties' met zoveel woorden noemt.

Wat de grondrechtenbescherming betreft wordt bekeken of codificatie van het Handvest van de grondrechten van de Europese Unie en toetreding tot het EVRM iets veranderen aan de situatie van nationale rechters. Codificatie van het Handvest zou kunnen worden gezien als de mensenrechtencatalogus die het *Bundesverfassungsgericht* nog als voorwaarde stelde voor de aanvaarding van absolute voorrang in *Solange I*. Maar voor die nationale rechters die zich geconfronteerd kunnen zien met een verdragsconflict tussen het Unierecht en het EVRM biedt een bindende catalogus weinig soelaas. Codificatie voegt wat dat betreft niet veel toe, en het belang van codificatie ligt dan ook veeleer in zijn legitimerend effect voor burgers, en als signaal voor de politieke machthebbers. Toetreding tot het EVRM is in dat opzicht belangrijker, en laat toe dat het Straatsburgse Hof toezicht uitoefent op de instellingen van de Unie, inclusief het Hof van Justitie.

Het Ontwerp-Verdrag bevat geen voorstellen die kunnen bijdragen aan de oplossing van het *Kompetenz Kompetenz* vraagstuk. Er zijn wel bepalingen die de verdeling van bevoegdheden tussen de Unie en de lidstaten proberen te verhelderen, maar geen over de vraag over wie de bevoegdheid heeft te oordelen over de interpretatie en reikwijdte van die

⁴ HvJEG, arrest van 25 juli 2002, *Unión de Pequeños Agricultores t. Raad van de Europese Unie*, C-50/00 P, Jurispr., blz. I-6677.

bevoegdheden. Het voorstel voor een constitutionele raad zoals voorgesteld door Weiler, die paritair samengesteld zou zijn met Europese en nationale constitutionele rechters en preventief zou kunnen oordelen over bevoegdheidskwesties wordt niet onderschreven. Maar het Ontwerp-Verdrag had duidelijker de exclusieve bevoegdheid van het Hof kunnen erkennen om over de geldigheid van gemeenschapsrecht (en weldra Unierecht) te oordelen, ook op gronden van onbevoegdheid. Ook de *Foto-Frost* verplichting voor alle nationale rechters om geldigheidsvragen te verwijzen had geformaliseerd moeten worden.

Het valt nog maar te bezien of het Ontwerp-Verdrag iets zal veranderen aan de situatie van nationale rechters. Overigens is het wel zo dat pogingen om verbeteringen aan te brengen niet tot het Europese niveau beperkt moeten blijven. De gelegenheid zou moeten worden aangegrepen om ook de noodzakelijke wijzigingen aan te brengen aan de nationale Grondwetten, opdat de Grondwet voor de Europese Unie ook echt een nieuw begin zou kunnen markeren. Alleen dan kan er sprake zijn van een '*Constitutional Moment*'.